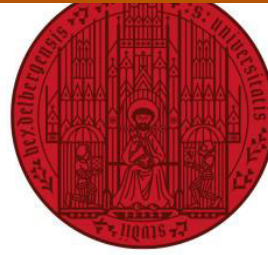




JURISTISCHE FAKULTÄT



**UNIVERSITÄT
HEIDELBERG**
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die ‚Selbstreinigung‘ von Unternehmen nach
Kartellrechtsverstößen – die Wiederherstellung der
vergaberechtlichen Zuverlässigkeit“**

Dissertation vorgelegt von Jeanie Henn

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

I. Themenstellung

Die aktuelle Entwicklung im nationalen Kartellrecht ist geprägt von der Tatsache, dass das Bundeskartellamt sich mit Hochdruck vor allem der Aufdeckung so genannter Hardcore-Kartelle, also Preis-, Quoten-, Gebiets- und Kundenabsprachen, widmet. Die Ressourcen für die Bearbeitung solcher Fälle wurden in den letzten Jahren kontinuierlich ausgebaut. Zunächst wurde im März 2002 eine in personeller und sachlicher Hinsicht spezialisierte Sonderkommission Kartellbekämpfung (SKK) geschaffen, welche die jeweils zuständige Beschlussabteilung in Kartellverfahren unterstützt. Im Juni 2005 wurde die Organisationsstruktur des Bundeskartellamtes dahingehend geändert, dass nunmehr die 11. Beschlussabteilung branchenübergreifend und ausschließlich für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten zuständig ist. Im Oktober 2008 kam eine neu geschaffene 12. Beschlussabteilung hinzu, die sich ebenfalls allein der Verfolgung von Kartellen widmet. Schließlich wurde Mitte 2011 mit der 10. Beschlusskammer eine weitere Kammer für ausschließlich für solche Wettbewerbsverstöße zuständig erklärt. Damit sind nun drei von zwölf Beschlusskammern mit der »*Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten in Verbindung mit Verstößen gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV*« befasst. Eine weitere Maßnahme zur Erhöhung der Aufdeckungsquote war die Einrichtung eines anonymen Hinweisgebersystems 2012. Ein eindrucksvoller Beleg für den Erfolg der Behörde bei der Aufdeckung und Sanktionierung von Kartellen war das Jahr 2014, in dem erstmals eine Rekordsumme von über 1 Mrd. EUR Bußgelder verhängt wurden.

Immer häufiger kommen schwerwiegende Kartellverstöße ans Tageslicht, die Märkte betreffen, auf denen Aufträge durch öffentliche Ausschreibungen vergeben werden. Das Bundeskartellamt hat seine Aufdeckungsbemühungen in diesen Bereichen intensiviert und vor dem Hintergrund der Strafbarkeit von Submissionsabsprachen die Zusammenarbeit mit der parallel zuständigen Staatsanwaltschaft forciert. Zudem veröffentlichte die Kartellbehörde eine Informationsbroschüre für Vergabestellen, die mittels einer Checkliste mit typischen Indikatoren die Aufdeckung von Submissionsabsprachen erleichtern soll. Bereits im Jahr 2000 war das Bundeskartellamt mit diesem Thema befasst, namentlich in Verfahren gegen Hersteller von Kampfschuhen für die Bundeswehr und gegen Unternehmen des Rohrleitungsbaus. Es folgten 2008 Bußgelder den Produktbereich Auftausalze betreffend und 2010 gegen Hersteller von Dampfkesseln. Mit den Verfahren gegen Hersteller von Feuerwehrlöschfahrzeugen bzw. Feuerwehrdrehleiterfahrzeugen sowie gegen Hersteller von Schienen, Weichen und Weichenzungen liegen in jüngster Vergangenheit umfangreiche Kartellverfahren vor, die Absprachen auf Märkten zum Gegenstand hatten, die vor allem die öffentliche Hand betreffen. 2012 wurden außerdem gegen Hersteller von Leistungstransformatoren Bußgelder wegen Absprachen bei Ausschreibungen verhängt. Bei einem Verfahren wegen Kundenschutzabsprachen bei Serviceleistungen für Wärmetauscher in Kraftwerken und bei einem Verfahren gegen Anbieter von Bergbauspezialarbeiten, die beide 2014 abgeschlossen wurde, ermittelte die Staatsanwaltschaft parallel und in Abstimmung mit dem Bundeskartellamt gegen die betroffenen Personen wegen des Verdachts auf Submissionsbetrug.

Angesichts dieser vermehrten Aufdeckung von Kartellabsprachen durch die Ermittlungsbehörden stehen öffentliche Auftraggeber verstärkt vor der Frage, wie mit der Tatsache umzugehen ist, dass Anbieter, die sich an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, Kartellrechtsverstöße begangen haben. Bei der Vergabe von Aufträgen ist die öffentliche Hand verpflichtet, darauf zu achten, nur solche Bieter auszuwählen, von denen zu erwarten ist, dass sie zuverlässig sein und sich an die Gesetze halten werden. Dabei spielt das bisherige Verhalten des Bieters eine entscheidende Rolle. Der Auftraggeber muss beurteilen, inwiefern eine Verfeh-

lung in der Vergangenheit Auswirkungen auf die Prognose über das zukünftige Handeln eines Unternehmens haben kann oder sogar muss und unter welchen Voraussetzungen ein Fehlverhalten unberücksichtigt bleiben darf bzw. muss. Diese Aspekte spielen vor allem auf solchen Märkten eine große Rolle, auf denen wegen der hohen Spezialisierung des Produkts und/oder der geringen Größe des Marktes nur wenige Anbieter überhaupt zur Verfügung stehen. Es stellt sich die Frage, ob anbietende Unternehmen, die in wettbewerbswidrige Absprachen verwickelt waren, von vornherein von Ausschreibungen ausgeschlossen werden müssen oder können. Für die ehemaligen Kartellanten ist es von hoher Relevanz, inwieweit sie auf die Entscheidung der Vergabestelle Einfluss nehmen können, um weiterhin die Chance zu haben, öffentliche Aufträge zu erhalten. Andererseits muss gewährleistet sein, dass konkurrierende Bieter, die sich in der Vergangenheit korrekt verhalten haben, durch die Berücksichtigung von Unternehmen, die sich gesetzeswidrig verhalten haben, nicht benachteiligt werden. Die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers bewegt sich dabei im Spannungsfeld von effektiver Auftragsvergabe und den Erfordernissen eines transparenten, diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens im freien Wettbewerb, wie § 97 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen es vorschreiben. In einzelnen Branchen mit oligopolistischer Anbieterstruktur ist denkbar, dass sämtliche in Betracht kommenden Unternehmen sich bei früheren Auftragsvergaben abgesprochen haben und somit streng genommen keines für einen Zuschlag in Frage kommt. Dennoch muss die öffentliche Hand die Möglichkeit haben, ihre notwendigen Beschaffungsvorgänge zu organisieren und zu beauftragen. Wenn es keinen alternativen Anbieter gibt, hat die Vergabestelle ein Interesse daran, das »kleinste Übel« wählen zu dürfen, also dasjenige Unternehmen, das die größten Bemühungen unternommen hat, sich wieder gesetzestreu zu verhalten und dies nachzuweisen.

So stellte sich etwa für die auftraggebenden Kommunen nach Bekanntwerden des Feuerwehrfahrzeugkartells die schwierige Frage, wie mit der Situation umzugehen ist, dass sämtliche der wenigen Hersteller in ein Kartell verwickelt waren. Da keine alternativen Anbieter vorhanden waren, erfolgten trotz Verfehlungen in der Vergangenheit Auftragsvergaben an solche Unternehmen, von denen die entsprechende Vergabestelle glaubte, dass sie »geläutert« seien. Vor einer ähnlichen Situation stand die Deutsche Bahn AG als Hauptbetroffene des Schienenkartells, das im Mai 2012 aufgedeckt wurde. Sie vergab den hochdotierten Auftrag der Lieferung ihres Schienenbedarfs für 2012 dennoch an zwei der Beteiligten des Schienenkartells, das im Mai 2011 durch das Bundeskartellamt aufgedeckt wurde, da durch diese beiden Unternehmen ein umfassender Beitrag zur Aufklärung der Vorwürfe geleistet worden sei. Eines der beiden Unternehmen, das sich trotz ungeklärter Schadensersatzansprüche um Aufträge der Deutschen Bahn AG bewarb, schloss die Deutsche Bahn AG allerdings bei der nächsten Ausschreibung zwei Jahr später vom Vergabeverfahren aus, da keine Wiedergutmachung für den durch das Kartell verursachten Schaden geleistet worden sei und das Unternehmen auch nichts dazu beitrage, sondern in dem dazu anhängigen Zivilprozess auf Zeit spiele.

Anhand welcher Kriterien die Vergabestelle zu beurteilen hat, ob sie einem Unternehmen, das in der Vergangenheit einen Kartellrechtsverstoß begangen hat, einen öffentlichen Auftrag erteilen kann, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Bereits seit einigen Jahren ist in der Rechtsprechung und in der Praxis der Vergabekammern anerkannt, dass so genannte »Selbstreinigungsmaßnahmen« von Unternehmen, die bezwecken, nach Kartellrechtsverstößen die für einen Zuschlag erforderliche Zuverlässigkeit des betreffenden Unternehmens wiederherzustellen, von der Vergabestelle zu berücksichtigen sind. Die Anforderungen an eine erfolgreiche Selbstreinigung im Einzelnen sind demgegenüber in vielen Aspekten noch nicht abschließend geklärt. Insbesondere stellt sich die Frage, ob eine Schadenswiedergutmachung für die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit erforderlich ist. Ferner befindet sich die Thema-

tik durch die Reform der Europäischen Richtlinien zum Vergaberecht, welche die Berücksichtigung von Selbstreinigungsmaßnahmen in einigen der neuen Vorschriften explizit vorsieht, aktuell in der Entwicklung.

Die Frage der Selbstreinigung eines Unternehmens stellt sich auch nach anderen Verfehlungen, insbesondere nach Korruptionsdelikten. In der vorliegenden Arbeit wird jedoch auf die relevanten Gesichtspunkte unter besonderer Berücksichtigung der Konstellation von Kartellrechtsverstößen eingegangen. Die Darstellung fokussiert sich ferner auf die Selbstreinigungsmöglichkeiten von Unternehmen, da es nur selten vorkommt, dass natürliche Personen – unabhängig von einer Unternehmenszugehörigkeit – Kartellrechtsverstöße begehen und es auch weit überwiegend Unternehmen sind, die sich um öffentliche Aufträge bemühen.

II. Gang der Untersuchung

Zunächst werden im ersten Kapitel die Grundlagen des Vergaberechts skizziert. Das Kapitel gibt einen Überblick über die Grundsätze des Vergaberechts (Wettbewerbsgrundsatz, Transparenzgrundsatz, Gleichbehandlungsgrundsatz, Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip) sowie die geschichtliche Entwicklung des Vergaberechts, die wesentlichen Vorschriften (differenziert nach ober- und unter-schwelligem Bereich), die unterschiedlichen Verfahrensarten und die Möglichkeiten des Rechtsschutzes im Vergaberecht.

Anschließend wird in einem zweiten Kapitel dargestellt, in welchen Situationen sich die Vergabestelle mit der Frage der Zuverlässigkeit von Unternehmen zu beschäftigen hat. Dabei wird insbesondere erläutert, inwiefern ein Kartellrechtsverstoß hierfür relevant ist. Die Zuverlässigkeit stellt zu einem Eignungskriterium dar für Bewerber um öffentliche Aufträge. Zum anderen spielt sie eine Rolle bei der Frage, ob ein Unternehmen von einem konkreten Vergabeverfahren zwingend auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann sowie für die Frage der Verhängung einer Sperre für künftige Vergabeverfahren.

Im Hauptteil der Arbeit, dem dritten Kapitel, wird en détail untersucht, wie Selbstreinigungsmaßnahmen von Unternehmen nach Kartellrechtsverstößen in die Zuverlässigkeitsprüfung einzubeziehen sind, welche Elemente für eine erfolgreiche Wiederherstellung der Zuverlässigkeit erfüllt sein müssen und wie eine durchgeführte Selbstreinigung nachgewiesen werden kann.

III. Wesentliche Ergebnisse und Thesen

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung können wie folgt zusammengefasst werden:

1. Die Tatsache, dass ein Unternehmen einen Kartellrechtsverstoß begangen hat, kann die Unzuverlässigkeit des Unternehmens im vergaberechtlichen Sinne bedeuten und zum zwingenden oder fakultativen Ausschluss vom Vergabeverfahren führen. Bei dem Vorliegen

eines fakultativen Ausschlussgrundes steht es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie das Unternehmen tatsächlich ausschließt. Steht die Unzuverlässigkeit positiv fest und ist nicht nur in Frage gestellt, reduziert sich das Ermessen auf Null. Der öffentliche Auftraggeber kann wegen einer solchen Verfehlung außerdem eine Auftragssperre verhängen, die das Unternehmen für eine gewisse Dauer von öffentlichen Ausschreibungen ausschließt. Auch eine koordinierte Auftragssperre, die für mehrere Vergabestellen oder landesweit gilt, ist zulässig.

2. Die Vergabestelle muss bei der Prüfung derartiger Maßnahmen berücksichtigen, ob das betreffende Unternehmen nach seinem Fehlverhalten Selbstreinigungsmaßnahmen zur Wiederherstellung seiner Zuverlässigkeit ergriffen hat. Dies beruht auf den Grundprinzipien des Vergaberechts. Der Ausschluss eines Unternehmens vom Vergabeverfahren entspricht nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, wenn hinreichende Maßnahmen den Schluss erlauben, dass das Unternehmen trotz eines Fehlverhaltens in der Vergangenheit künftig wieder als zuverlässig gelten kann. Unternehmen, die solche Maßnahmen ergriffen haben, sind wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes ebenso zu behandeln wie Unternehmen, denen kein Fehlverhalten vorzuwerfen ist, und unterschiedlich im Vergleich zu solchen Unternehmen, die trotz Verfehlung keinerlei solche Maßnahmen ergriffen haben.

3. Liegen die Voraussetzungen eines zwingenden Ausschlusses vor, kann eine erfolgreiche Selbstreinigung eine Ausnahme vom Ausschluss ermöglichen. Steht ein fakultativer Ausschluss wegen einer schweren Verfehlung im Raum, ist die Zuverlässigkeit des Unternehmens nicht mehr als in Frage gestellt anzusehen, wenn hinreichende Maßnahmen zur Selbstreinigung durchgeführt wurden. Eine Auftragssperre kann nicht verhängt werden, wenn die Zuverlässigkeit bereits wieder hergestellt ist und ist im Übrigen nach der Durchführung von Selbstreinigungsmaßnahmen wieder aufzuheben. Eine zwingend vorgeschriebene Mindestsperrdauer kommt nicht in Betracht, da für das Unternehmen sonst kein Anreiz bestünde, sich zügig um eine Selbstreinigung zu bemühen.

4. Für die Frage der Zurechnung von Fehlverhalten im Konzern ist es entscheidend, ob die Muttergesellschaft die Möglichkeit hat, Einfluss auf die Geschäfte der Tochtergesellschaft zu nehmen. Ist dies der Fall, wirkt sich eine Verfehlung der Mutter-, der Tochter- oder einer Schwestergesellschaft auch auf das jeweils hinsichtlich seiner Zuverlässigkeit zu beurteilende Unternehmen aus. Das Fehlverhalten von Niederlassungen ist unter diesem Gesichtspunkt stets zuzurechnen. Eine Zurechnung kann verhindert werden, wenn sich das Mutterunternehmen dadurch exkulpieren kann, dass ein konzernweites, im Übrigen funktionierendes Compliance-System existiert. Maßnahmen zur Selbstreinigung sind ebenfalls wechselseitig zurechenbar und müssen gegebenenfalls (auch) durch die Muttergesellschaft erfolgen, obwohl lediglich der Tochtergesellschaft ein Fehlverhalten vorzuwerfen ist.

5. Letztmöglichster Zeitpunkt für die Berücksichtigung von Änderungen in Bezug auf die Eignung des Unternehmens ist die letzte mündliche Verhandlung im Nachprüfungsverfahren. Entsprechend sind auch Selbstreinigungsmaßnahmen, die im Laufe des Vergabe- oder Nachprüfungsverfahrens durchgeführt oder abgeschlossen wurden, in die Eignungsprüfung einzubeziehen.

6. Für eine erfolgreiche Selbstreinigung sind eine aktive Beteiligung an der Aufklärung des Sachverhalts, personelle und organisatorische Maßnahmen sowie die Wiedergutmachung eines durch die Verfehlung entstandenen Schadens bzw. eine entsprechende Bereitschaft zur Wiedergutmachung erforderlich.

7. Die bisherigen Entscheidungen der Gerichte und Vergabekammern und ihre Unterschiede in der Bewertung, etwa des maßgeblichen Zeitraums, den die Behörde in ihre Prüfung

miteinbezieht, zeigen, dass allgemeingültige Aussagen zu Details der Selbstreinigung kaum möglich sind. Die grundsätzlichen Anforderungen stehen allerdings fest. Davon ausgehend muss die Vergabestelle den konkreten Sachverhalt und sämtliche Umstände würdigen. Dabei müssen ihr die vergaberechtlichen Grundsätze als Leitmotive dienen.

8. Im Rahmen der Aufklärung des Sachverhalts ist kein Geständnis erforderlich. Es genügt, wenn das Unternehmen sich mit den Vorwürfen auseinandersetzt. Dies gilt erst recht, wenn das Unternehmen im Grunde nicht davon ausgeht, dass eine Verfehlung vorliegt, und dennoch vorsorglich Selbstreinigungsmaßnahmen ergreift.

9. Die Aufklärung muss sich nicht auf einen möglicherweise entstandenen Schaden beziehen. Sie ist danach auszurichten, dass die Vergabestelle beurteilen kann, ob die durchgeführten personellen und organisatorischen Maßnahmen als ausreichend zu bewerten sind. Diese sind unabhängig von der Verursachung eines Schadens umzusetzen.

10. Kronzeugenanträge und damit zusammenhängende Dokumente müssen der Vergabestelle nicht vorgelegt werden. Dies würde der Effektivität der Kronzeugenprogramme zuwiderlaufen.

11. Dass ein Unternehmen mit den Kartellbehörden zusammenarbeitet und deswegen ein Interesse daran hat, die an der Verfehlung beteiligten Personen im Unternehmen zu halten, kann keine Herabsetzung der Anforderungen an die Selbstreinigung in personeller Hinsicht bewirken. Allerdings werden sich die erforderlichen Abschwächungen der Maßnahmen in der Regel mit denjenigen überschneiden, die bereits im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung als Element der Selbstreinigung hinzunehmen sind.

12. Eine Lohnkürzung kommt als (für sich genommen ausreichende) personelle Maßnahme im Sinne der Selbstreinigung nicht in Betracht, da damit keine Änderung der Einflussmöglichkeiten der betreffenden Person verknüpft ist.

13. Die Einführung eines allgemeinen Wertemanagements kann nicht als strukturelle Maßnahme gefordert werden, da dies über die erforderlichen, der konkreten Verfehlung entsprechenden organisatorischen Maßnahmen hinausgeht. Andererseits genügt ein solches Wertemanagement nicht für eine erfolgreiche Selbstreinigung, denn die Compliance-Maßnahmen müssen passgenau auf den Einzelfall erfolgen.

14. Ob und in welcher Form die Wiedergutmachung des Schadens für eine erfolgreiche Selbstreinigung erforderlich ist, ist danach zu differenzieren, ob es sich um streitige oder unstreitige Schadensersatzforderungen handelt. Das Vergaberecht soll nicht dazu führen, dass Unternehmen darauf verzichten, ihre berechtigten Interessen wahrzunehmen und über das Bestehen und die Höhe von Schadensersatzansprüchen zu streiten. Werden noch ungeklärte Forderungen nicht beglichen, können daraus keine Rückschlüsse auf die künftige Zuverlässigkeit des Unternehmens gezogen werden.

15. Bei rechtskräftig festgestellten oder anerkannten Schadensersatzansprüchen ist deren Begleichung oder eine entsprechende Verpflichtungserklärung für eine erfolgreiche Selbstreinigung erforderlich. Bei noch im Einzelnen streitigen Ansprüchen muss das Unternehmen lediglich erklären, zur Wiedergutmachung verursachter Schäden nach deren Klärung bereit zu sein.

16. Wünschenswert wäre, dass die Klarstellung, dass eine Schadenswiedergutmachung in Form einer Zahlung oder einer entsprechenden Verpflichtung dazu nur dann gefordert werden kann, wenn die Schadensersatzforderung zumindest dem Grunde nach unstreitig besteht, nicht

nur in der Gesetzesbegründung erfolgt, sondern in den Gesetzestext aufgenommen wird.
§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB n.F. sollte dementsprechend lauten:

»für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten **unstreitig** verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt hat oder sich **im Falle eines noch nicht geklärten Schadens** zur Zahlung eines Ausgleichs **für jeden gegebenenfalls durch das Fehlverhalten verursachten Schaden nach Aufklärung** verpflichtet hat,«